



Please purchase a personal license.

Hà Nội, ngày 07-11 tháng 11 năm 2016

**Đại học Hồng Kông Trung Quốc
Khoa Luật**

Pháp luật Đầu tư Quốc tế (LAWS6329)

TS. Julien CHAISSE

Điều khoản Ô (Điều khoản bao trùm)

Tuần 10

Giới thiệu

Một điều rất thông thường là nhà đầu tư và nước nhận đầu tư, trước khi tài sản được chuyển đến nước đó

- ký kết một thoả thuận mà theo đó các điều khoản pháp lý riêng sẽ được áp dụng cho hoạt động đầu tư.

Trong thực tế, nhà đầu tư sẽ xoay sở để được hưởng từ nước nhận đầu tư các cam kết hoặc các bảo đảm nhiều hơn so với các nội dung được nêu trong BIT hiện tại.

Các văn kiện này thường được gọi tên là “thoả thuận với nhà nước”.

- Trong số đó có cái gọi là “thoả thuận nhượng quyền”, loại thoả thuận mà nhà nước nhượng cho nhà đầu tư một số quyền
- Ví dụ: quyền khai thác nước thải tại một khu vực trong một khoảng thời gian nhất định

“Hợp đồng đầu tư”

‘Hợp đồng đầu tư’ KHÔNG PHẢI là ‘hiệp định về đầu tư’

Cùng với quy định luật áp dụng trong nước và quốc tế, hợp đồng giữa nhà đầu tư và nhà nước định nghĩa các điều khoản của một dự án đầu tư, cùng với cách thức phân phối rủi ro, lợi nhuận và chi phí.

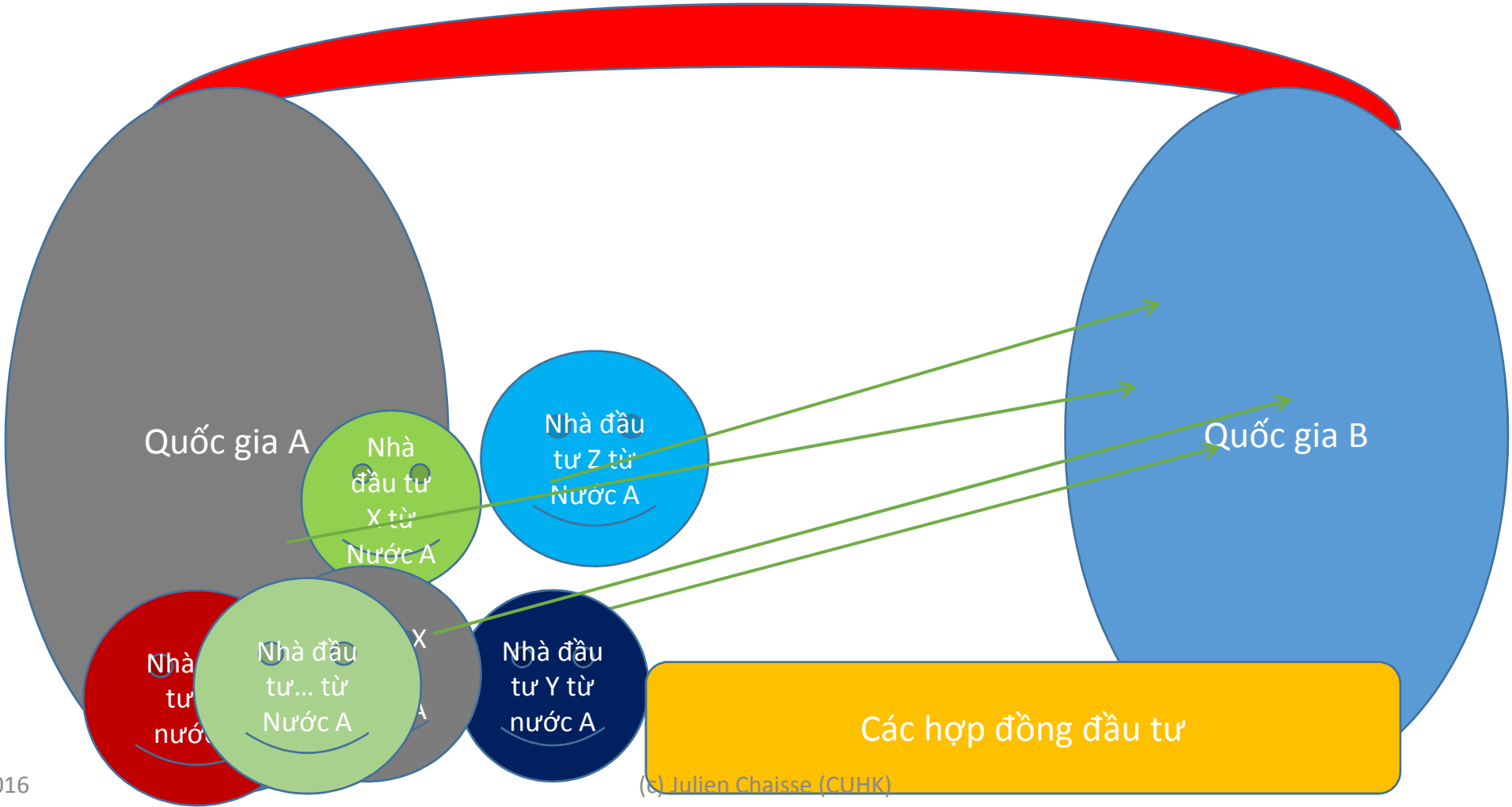
tự do hoá kinh tế, việc cải thiện hệ thống giao thông vận tải, và nhu cầu thế giới về các sản phẩm năng lượng, khoáng sản và nông nghiệp đã thúc đẩy hoạt động đầu tư trong lĩnh vực nông nghiệp, khai thác khoáng sản và dầu khí tại nhiều các quốc gia kém phát triển hơn

Chúng ta đã gặp nhiều hợp đồng đầu tư trong các vụ kiện trước đây

Các vụ việc trực tiếp gồm: Vivendi với Argentina (2007) ; Siemens với Argentina (2007); FET Duke Energy et al. với Ecuador (2008)...

Xem thêm phần trình bày của GS. WOLFF

Hiệp định đầu tư quốc tế
Giữa A và B
(Kiến trúc thượng tầng)



Giới thiệu

- Các tranh chấp về hiệp định đầu tư ngày càng gia tăng không chỉ liên quan đến các hiệp định **mà còn liên quan đến các hợp đồng nhà đầu tư - nhà nước**
- Phạm vi đối tượng của tài phán không thống nhất trong các BIT (xem tuần 2)
 - Một số BIT chỉ bao gồm các tranh chấp liên quan đến một “nghĩa vụ trong hiệp định”
 - Tức là chỉ bao gồm các vi phạm về BIT.
 - Các BIT còn lại mở rộng quyền tài phán đến “bất kỳ tranh chấp nào liên quan đến đầu tư”
- **Một số khác tạo ra một nghĩa vụ luật pháp quốc tế mà theo đó quốc gia nhận đầu tư phải, ví dụ, tuân thủ bất kỳ nghĩa vụ nào mà họ cam kết”; “luôn bảo đảm việc thực hiện các cam kết đã ký”; “tuân thủ bất kỳ nghĩa vụ nào mà họ đã thừa nhận”...**
 - Bằng cách này các vi phạm luật tư về hợp đồng đầu tư sẽ đưa đến các vi phạm về BIT
 - Các hậu quả phổ biến: ISDS, FET, tước đoạt tài sản gián tiếp...

Giới thiệu

Các quy định này thường được gọi là “Điều khoản Ô hay Điều khoản bao trùm ”

Dẫn cho các thuật ngữ khác đã từng được dùng:

“hiệu ứng gương”, “thang máy”, “ảnh hưởng song song”, “tính thiêng liêng của hợp đồng”, “điều khoản tôn trọng” và “pacta sunt servata - nguyên tắc tận tâm thiện chí thực hiện cam kết quốc tế”.

Các điều khoản kiểu này đã được thêm vào để:

- quy định **bảo vệ bổ sung** cho các nhà đầu tư
- Hướng đến các hiệp định đầu tư mà nước tiếp nhận đầu tư đã ký với các nhà đầu tư nước ngoài

Tóm lại

- Định nghĩa: Điều khoản mà theo đó một Bên Ký Kết nhận trách nhiệm tôn trọng các nghĩa vụ đã cam kết đối với khoản đầu tư của các nhà đầu tư của Bên Ký Kết kia.
- Ví dụ: Điều 11 BIT Switzerland – Pakistan
 - « *Mỗi Bên Ký Kết phải luôn đảm bảo tuân thủ các cam kết đã ký đối với các khoản đầu tư của Bên kia* »
- **Vấn đề: Các điều khoản này có quy kết việc vi phạm bất kỳ một cam kết đầu tư nào là vi phạm Hiệp định đầu tư hay không?**



NB: Khi đọc và viết về Điều khoản ô (ĐKÔ)

Nội dung thường được qui định trong Điều khoản ô “*vi phạm hợp đồng sẽ trở thành vi phạm hiệp định*” có thể đưa đến cách hiểu sai rằng “*vi phạm hợp đồng*” được “*chuyển hóa*” thành “*vi phạm hiệp định*”, rằng vi phạm hợp đồng này được xem là chấm dứt.

- Sai! Sai! Hoàn toàn sai!...



Ngay cả khi một bên coi Điều khoản ô trong BIT hoàn toàn có hiệu lực áp dụng, việc vi phạm hợp đồng vẫn tồn tại.



Bên khởi kiện có thể vào bất kỳ lúc nào (đối với một khởi kiện đưa ra dựa trên một điều khoản ô) khởi kiện dựa trên một vi phạm hợp đồng.

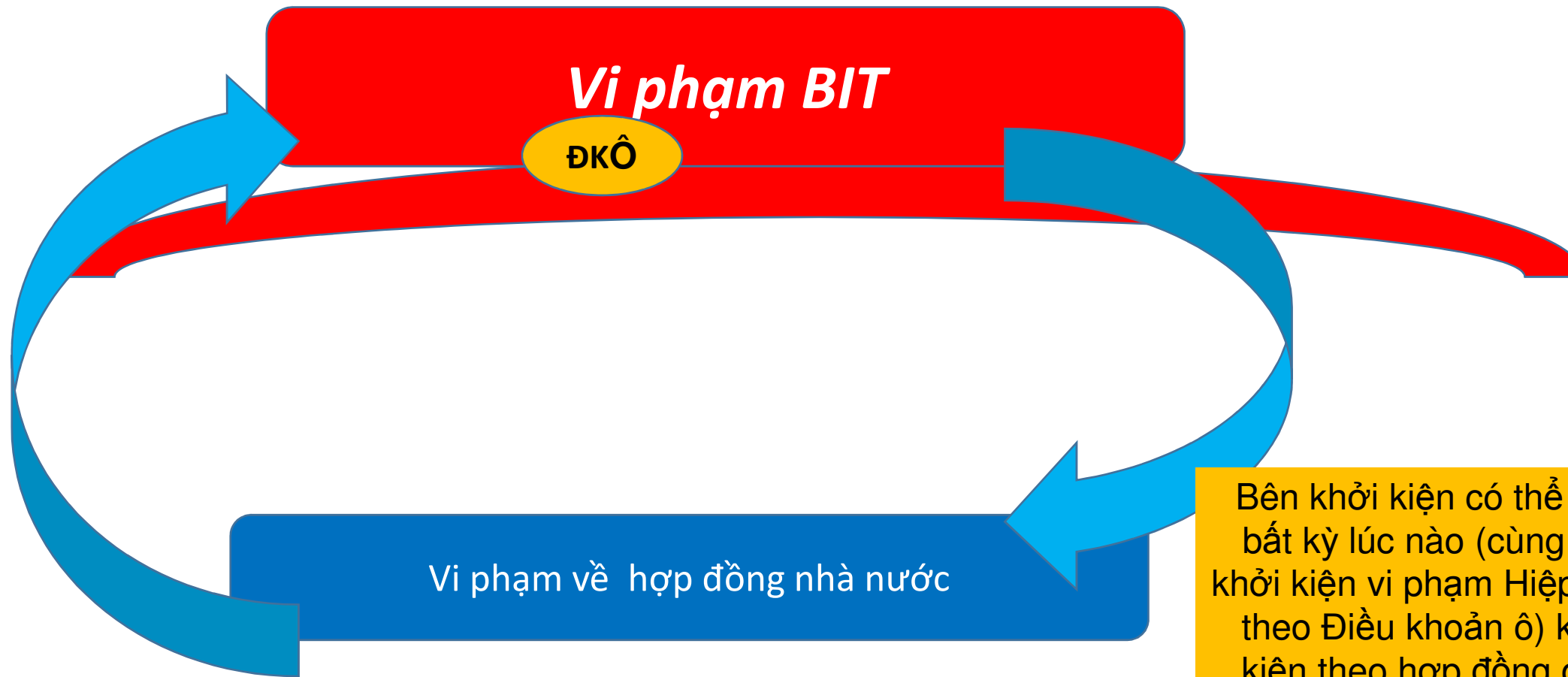
- Từ đó cụm từ như “căn cứ vào điều khoản ô, sự vi phạm hợp đồng trở thành vi phạm hiệp định” phải được xử lý một cách thận trọng....
- ...và có thể được thay thế bằng một cụm từ ít gây hiểu lầm hơn như sau: “Theo ĐKÔ (hoặc điều khoản về trung thực thiện chí), các vi phạm hợp đồng sẽ dẫn tới vi phạm BIT”.

Đừng lo lắng....

“Không có gì là bí ẩn về thực tế là cùng một hành vi có thể đưa tới sự vi phạm cả về hợp đồng lẫn sự vi phạm về hiệp định liên quan.”

EDF International S.A., SAUR International S.A. và León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, Vụ việc ICSID số ARB/03/23, Award, 11/06/2012 tại 931

Theo điều khoản *pacta sunt servanda*, vi phạm hợp đồng sẽ dẫn tới vi phạm về BIT.



Bên khởi kiện có thể
bất kỳ lúc nào (cùng
khởi kiện vi phạm Hiệp
theo Điều khoản ô) k
kiện theo hợp đồng c
trên một vi phạm hợp c

Các nội dung

1

- Lịch sử hình thành điều khoản này và hiệp định đầu tư

2

- Những biến thể khi soạn thảo
 - Đặc điểm chung, cấu trúc, phạm vi và hiệu lực

3

- Giải thích
 - Nghiên cứu và Khoa học pháp lý

Lược sử về các điều khoản ô

- Sự xuất hiện đầu tiên của “điều khoản ô” như một điều khoản bảo hộ đầu tư đặc biệt được tìm thấy trong giai đoạn 1956-59
Bản thảo Abs về Hiệp Định Quốc Tế về Bảo hộ lẫn nhau đối với các Quyền Tài Sản Tư tại Nước Ngoài (Bản thảo Abs) (Điều 4)

- *“Trong chừng mực mà một sự đối xử được cam kết đối với công dân nước ngoài tốt hơn đối với công dân của một nước theo hiệp định liên chính phủ hay theo các nghị định hành chính của một trong các bên ký kết cấp cao, bao gồm cả điều khoản Tối hệ quốc, các cam kết này sẽ được ưu tiên áp dụng ”*

Bối cảnh và thực tiễn hiện nay

Người ta ước tính rằng, trong hơn 2850 BIT hiện tại, có gần 40% trong số đó có chứa một điều khoản ô.

Thực tiễn thi hành của các quốc gia không chỉ ra một cách tiếp cận đồng nhất đối với việc xử lý các điều khoản này.

Ví dụ, Switzerland, Hà Lan, Mỹ, Đức thường bao hàm các điều khoản ô trong IIAs của họ.

Pháp, Úc và Nhật chỉ đưa điều khoản ô vào một số ít IIAs.

Nguyên tắc tối huệ quốc có được áp dụng cho Điều khoản ô?

- “Lập luận của bên khởi kiện liên quan đến ý nghĩa và hiệu lực của một điều khoản ô dầu sao cũng hoàn toàn vì lợi ích học thuật tại vụ việc đó.”
- Hiệp định, giải thích đối với điều khoản tối huệ quốc nêu tại Điều 3(2) là khá rõ ràng: Hiệp định chỉ cho phép áp dụng **mở rộng các quyền thực chất đối với Điều 3(1) qui định về đối xử công bằng và thỏa đáng.**
- Nếu có bất kỳ BIT nào khác giữa Mông Cổ và một Quốc Gia khác có quy định thoáng hơn về đối xử công bằng và thỏa đáng, một nhà đầu tư theo Hiệp Định có quyền áp dụng điều khoản này.
- Tuy nhiên, nhà đầu tư đó không thể áp dụng điều khoản tối huệ quốc để đưa vào Hiệp định những quyền thực chất hoàn toàn mới, như những quyền đã được đề cập tại điều khoản ô.

Có, phụ thuộc vào nguyên tắc *ejusdem generis*
Xem tuần 6.

Phải có một loại điều khoản ô nào đó được nêu tại Hiệp Định cơ bản.

Nguyên tắc tối huệ quốc có được áp dụng đối với Điều khoản ô?

“Quyết định hiện nay của chúng tôi chỉ đơn giản là đưa ra xem xét các điều khoản thực chất rõ ràng yêu cầu tuân thủ nghĩa vụ của nước nhận đầu tư như các thỏa thuận nhượng quyền.”



Tòa án do đó kết luận rằng Điều khoản Tối huệ quốc tại Điều 4 của BIT Argentina-Pháp cho phép các bên khởi kiện vận dụng Điều khoản Ô từ các BIT giữa Argentina-Luxembourg và Argentina-Đức.

Các điều kiện được đáp ứng (nguyên tắc *ejusdem generis*) trong vụ kiện EDF - Argentina 2012

Do đó người khởi kiện có thể áp dụng Điều khoản Ô theo hiệp định với bên thứ 3

EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012 at 934, 935, 936

Đề cương

1

- Lịch sử hình thành điều khoản này và hợp đồng đầu tư

2

- Những biến thể khi soạn thảo
 - Đặc điểm chung, cấu trúc, phạm vi và hiệu lực

3

- Giải thích
 - Nghiên cứu và Khoa học pháp lý

Ý nghĩa quan trọng của ngôn ngữ

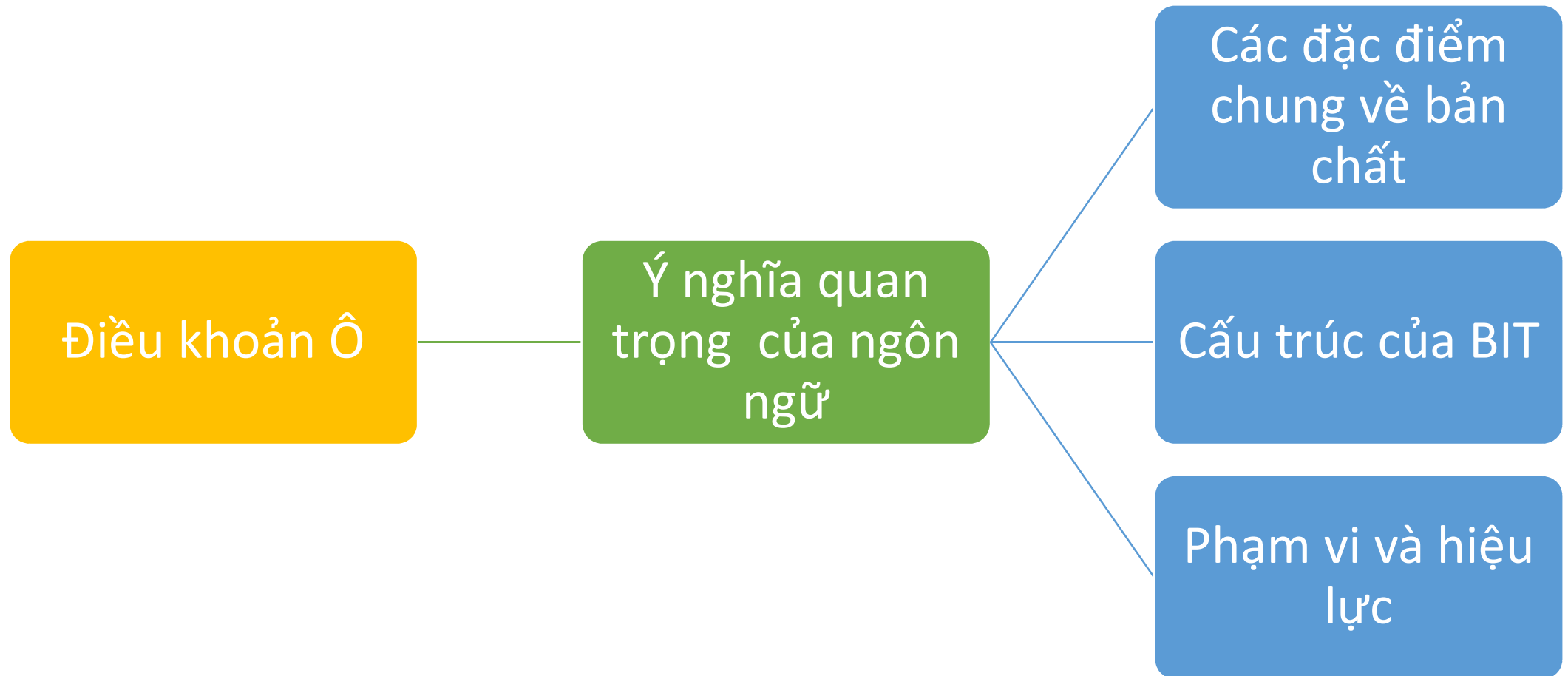
Các phân tích so sánh các điều khoản Ô đã cho thấy một số nét chung nhưng cũng có một vài sự khác biệt về ngôn ngữ sử dụng dẫn tới sự không rõ ràng về phạm vi và hiệu lực của từng điều khoản.

Khoa học pháp lý và các học thuyết về trọng tài đòi hỏi mỗi điều khoản phải được giải thích theo định nghĩa của nó; do đó, việc đặt câu chữ cụ thể đối với một điều khoản Ô là mấu chốt chỉ ra phạm vi và hiệu lực của điều khoản đó

Cụ thể hơn, câu hỏi về chủ đề này có thể liên quan đến:

- Sự sắp đặt vị trí có bất kỳ ảnh hưởng nào lên sự giải thích của Điều khoản Ô;
- Các nghĩa vụ hoặc cam kết nào nhận được sự bảo hộ từ Điều khoản Ô;
- Các nhà đầu tư và/hoặc khoản đầu tư nào có thể hưởng lợi từ sự bảo vệ một Điều khoản Ô.

Ý nghĩa quan trọng của ngôn ngữ



Các đặc điểm chung có tính khái quát

- Theo ý kiến chung, một đặc trưng chung của các điều khoản Ô là sử dụng **ngôn ngữ ràng buộc**.
 - Ví dụ, Điều 8(2) của BIT Mẫu của Đức năm 1991(2) có nêu:

- Một cấu trúc khác được tạo ra bởi Điều 10 BIT Australia-Poland 1991 quy định các điều khoản ít ràng buộc hơn:

*“Mỗi Bên Ký Kết sẽ tuân thủ **bất kỳ nghĩa vụ nào** đã cam kết liên quan đến khoản đầu tư trong vùng lãnh thổ của bên đó bởi các công dân hoặc công ty của Bên Ký Kết kia”*

*“Mỗi Bên Ký Kết sẽ, theo pháp luật của nước **làm mọi cách trong năng lực của mình** đảm bảo rằng các cam kết bằng văn bản của một Bên Ký Kết liên quan có thẩm quyền đối với công dân một Bên Ký Kết kia liên quan đến khoản đầu tư được tôn trọng.”*

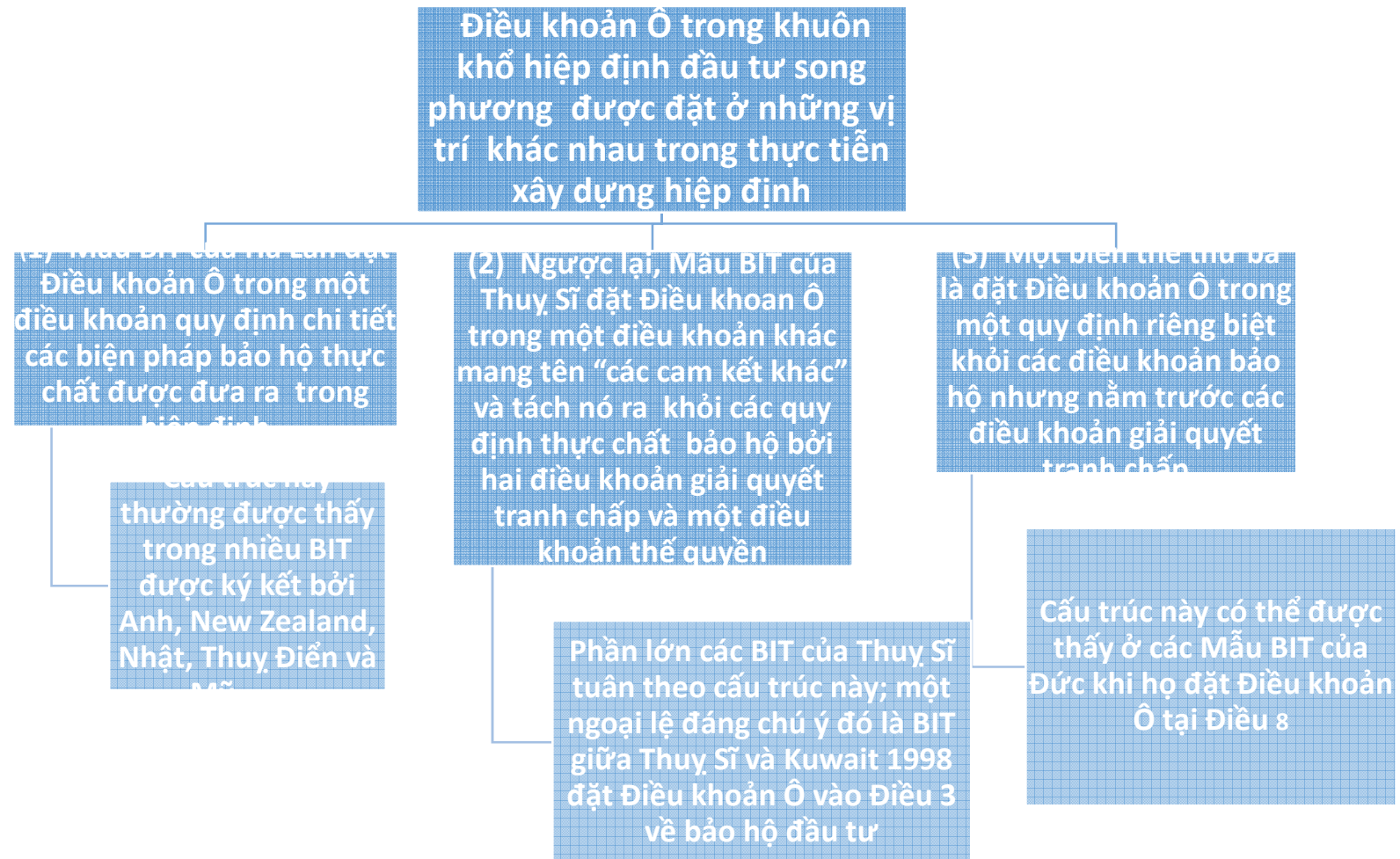
Các đặc điểm chung có tính khái quát

- Đặc trưng chung thứ hai trong đa số các BIT được khảo sát đó là **chúng đề cập đến các nghĩa vụ được cam kết bởi nhà nước và không dẫn chiếu đến các nghĩa vụ giữa các cá nhân.**
- Tuy vậy, BIT giữa Cộng Hoà Czech – Singapore năm 1995 quy định một ngoại lệ đáng chú ý so với đặc trưng chung này bằng việc quy định rằng Nhà Nước có bổn phận không can thiệp vào các hợp đồng liên quan đến đầu tư do các cá nhân ký kết.

Điều 15 quy định:

*“Mỗi Bên Ký Kết phải tuân thủ ngoài các cam kết mà bên đó đã chấp nhận trong Hiệp định này, các cam kết, liên quan đến các khoản đầu tư của các nhà đầu tư từ Bên Ký Kết kia. **Mỗi Bên Ký Kết không được can thiệp vào bất kỳ cam kết nào, ngoài các cam kết đã được nêu tại Hiệp định, được ký kết bởi các công dân hoặc các công ty của Bên Ký Kết liên quan đến khoản đầu tư**”*

Cấu trúc của BIT?



Cấu trúc của BIT

- Ảnh hưởng từ vị trí của Điều khoản Ô trong toàn bộ khung BIT là khó đong đếm.
- Tòa trọng tài trong vụ việc SGS v Pakistan đã có quan điểm cho rằng vị trí của điều khoản này khi nằm gần đoạn kết của BIT Thụy Sĩ-Pakistan, giống với các Mẫu BIT Thụy Sĩ khác, là biểu hiện ý định của các bên ký kết không đưa ra một nghĩa vụ thực chất .
- Tòa này đã xem xét rằng nếu các Bên Ký Kết có ý định quy định một nghĩa vụ thực chất thông qua Điều khoản Ô, thì theo lô gíc điều khoản này phải được đặt cùng chỗ với những nghĩa vụ được xem là “quan trọng nhất”.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13 (Decision on Jurisdiction) (6 August 2003) ¶¶ 133-73

Cấu trúc của BIT

- Ngược lại, vụ việc ***SGS v Philippines Tòa trọng tài*** đưa ra quan điểm cho rằng vị trí của Điều khoản Ô “có thể có ý nghĩa nào đó”, nhưng Tòa không xem đó là yếu tố quyết định.
- Theo đó, Tòa đã tuyên rằng “khó có thể chấp nhận việc cũng ngôn ngữ đó trong các Mẫu BIT khác của Philippines thì được coi là có giá trị pháp lý, nhưng trong BIT Thụy Sĩ-Philippines lại không có giá trị pháp lý do vị trí của điều khoản này.

Read S.G.S. Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Case No. ARB/02/6 (Decision on Jurisdiction (29 January 2004), ¶¶ 92-97; 113-135, spec. at para. 124.

Phạm vi và Hiệu lực

- Một vấn đề quan trọng khác liên quan đến các Điều khoản Ô đó là phạm vi và bản chất của nghĩa vụ được cam kết
 - i.e. Bản chất của nghĩa vụ hay cam kết được ký kết là gì
- Sự khác biệt về từ vựng có thể thấy rõ trong các Điều khoản Ô dẫn chiếu tới “các cam kết”, “bất kỳ nghĩa vụ nào” và “bất kỳ nghĩa vụ nào khác”.
- *Một điều quan trọng là , cụm từ “bất kỳ nghĩa vụ nào” đã được làm rõ hơn trong Phán Quyết một phần trong vụ Eureka v Poland; Toà đã tuyên: “Bất kỳ nghĩa vụ nào nghĩa là nhiều nghĩa vụ; nó có nghĩa là không chỉ nghĩa vụ trong một số trường hợp , mà “bất kỳ” – nghĩa là tất cả nghĩa vụ.”*

Read : Eureka B.V. v Poland, Partial Award 19 August 2005 at para. 246.

Phạm vi và Hiệu lực

Trong khi một số Điều khoản Ô dẫn chiếu tới các nghĩa vụ được “ký kết” bởi Nhà Nước, các điều khoản khác dẫn chiếu tới các Nghĩa vụ do Nhà Nước đảm nhận

- Mẫu BIT của Phần lan đề cập tới các nghĩa vụ mà Nhà nước có thể “có” liên quan đến một khoản đầu tư cụ thể

Những biến thể này đặt ra câu hỏi liệu các nghĩa vụ này được xem là nghĩa vụ hợp đồng giữa Nhà Nước và nhà đầu tư hay có thể mở rộng đến các nghĩa vụ đơn phương mà Nhà Nước cam kết thông qua, ngoài những hình thức khác, các loại lời hứa, hành vi pháp lý hoặc biện pháp hành chính.

- Đã có đề xuất là cụm từ “các nghĩa vụ được ký kết bởi” có thể được diễn giải là giới hạn các nghĩa vụ đang đề cập đến ở đây trong phạm vi các nghĩa vụ cam kết đối với Bên Ký Kết khác.

Mặt khác, Tòa trọng tài trong vụ SGS v Pakistan lại cho rằng cụm từ “các cam kết được ký” là đủ rộng để có thể khoanh vùng tất cả các nghĩa vụ thoả thuận đơn phương, bao gồm các hành vi của chính quyền khu vực và các biện pháp hành chính

Phạm vi và Hiệu lực

Trong khi đa số các BIT có bao hàm một Điều khoản Ô với ngôn ngữ rõ ràng và trực tiếp: “sẽ tuân thủ” hoặc “sẽ tôn trọng”, những trường hợp khác lại mập mờ và có thể đưa đến sự diễn giải khác nhau.

Một trường hợp ví dụ đó là BIT giữa Pakistan và Thụy Sĩ (căn cứ của vụ kiện SGS v Pakistan) *theo đó Mỗi Bên Ký Kết:...*

“sẽ không ngừng đảm bảo việc tuân thủ các cam kết”; Italy-Jordan BIT (căn cứ theo vụ *Salini v. Jordan*) qui định Mỗi Bên Ký Kết sẽ **duy trì trong phạm vi lãnh thổ của mình một khung pháp lý thích hợp nhất để đảm bảo** cho nhà đầu tư sự ưu đãi liên tục, bao gồm sự tuân thủ, trong thiện chí đối với tất cả các nghĩa vụ đã đảm nhận liên quan đến mỗi nhà đầu tư cụ thể”.

Phạm vi và Hiệu lực

Một số BIT qui định cụ thể hơn về phạm vi áp dụng bằng cách xác định chính xác hơn các loại nghĩa vụ được quy định tại điều khoản.

- Các BIT Úc đã ký với Chi-lê, Trung Quốc, Papua New Guinea và Phần Lan đều dẫn chiếu tới các “nghĩa vụ bằng văn bản”

Tương tự, Điều 2 tại BIT Úc-Chi-lê 1997 dẫn chiếu đến các “nghĩa vụ hợp đồng”

- Đa số các BIT được ký kết bởi Mexico có Điều khoản Ô xem ra đều xác định rõ phạm vi áp dụng, khi qui định “các tranh chấp phát sinh từ các nghĩa vụ như vậy phải được giải quyết theo điều khoản hợp đồng qui định các nghĩa vụ đó”.

Phạm vi và Hiệu lực

- Nhiều BIT của Mexico còn có dẫn chiếu rõ đến “các nghĩa vụ bằng văn bản”; ngược lại, cả BIT giữa Mexico – Hà Lan lẫn Mexico-Thụy Sĩ đều quy định một điều khoản chung chung hơn.

Điều 10 của 2 BIT này quy định rằng:
“Mỗi Bên phải thực hiện bất kỳ nghĩa vụ bên đó đã đảm nhận liên quan đến các khoản đầu tư trong lãnh thổ của bên đó của các nhà đầu tư của Bên kia”.

Nội dung

1

- Lịch sử về các điều khoản và hợp đồng đầu tư

2

- Những biến thể khi soạn thảo
 - Các đặc trưng, cấu trúc, phạm vi và ảnh hưởng

3

- Giải thích
 - Nghiên cứu và Khoa học pháp lý

Nghiên cứu về Hệ Thống Tài Phán Quốc Tế

- Điều khoản Ô là chủ đề thảo luận giữa các trường phái trong nhiều thập kỷ gần đây, và chưa bao giờ là một phần của khoa học pháp lý cho đến năm 2003/2004.
- Vụ việc ICSID đầu tiên đề cập đến Điều khoản Ô được đưa ra vào năm 1998: Fedax NV v Cộng Hoà Venezuela dựa trên BIT giữa Hà Lan và Cộng Hoà Venezuela.
- Trong vụ việc này, toà án đã không nhận thức rằng có tồn tại một Điều khoản Ô, và đã không thực hiện bất kỳ soát xét kỹ lưỡng điều khoản đó và việc áp dụng điều khoản
 - Họ chỉ áp dụng “nghĩa đơn giản” của điều khoản , rằng các cam kết phải được tuân thủ theo BIT, đối với các tài liệu hối phiếu theo thoả thuận.
 - Từ đó Venezuela phải chịu nghĩa vụ “tôn trọng chính xác các điều khoản và điều kiện được áp dụng đối với khoản đầu tư, được đưa ra chủ yếu tại Điều 3 của Hiệp định, cũng như tuân thủ các khoản thanh toán cụ thể được nêu trong các hối phiếu được phát hành”.
 - Căn cứ của vụ kiện đã được các bên đáp ứng một phần

Read : Fedax NV v. Republic of Venezuela, Award 9 March 1998, 37 ILM 1391 (1998).

Các án lệ cụ thể

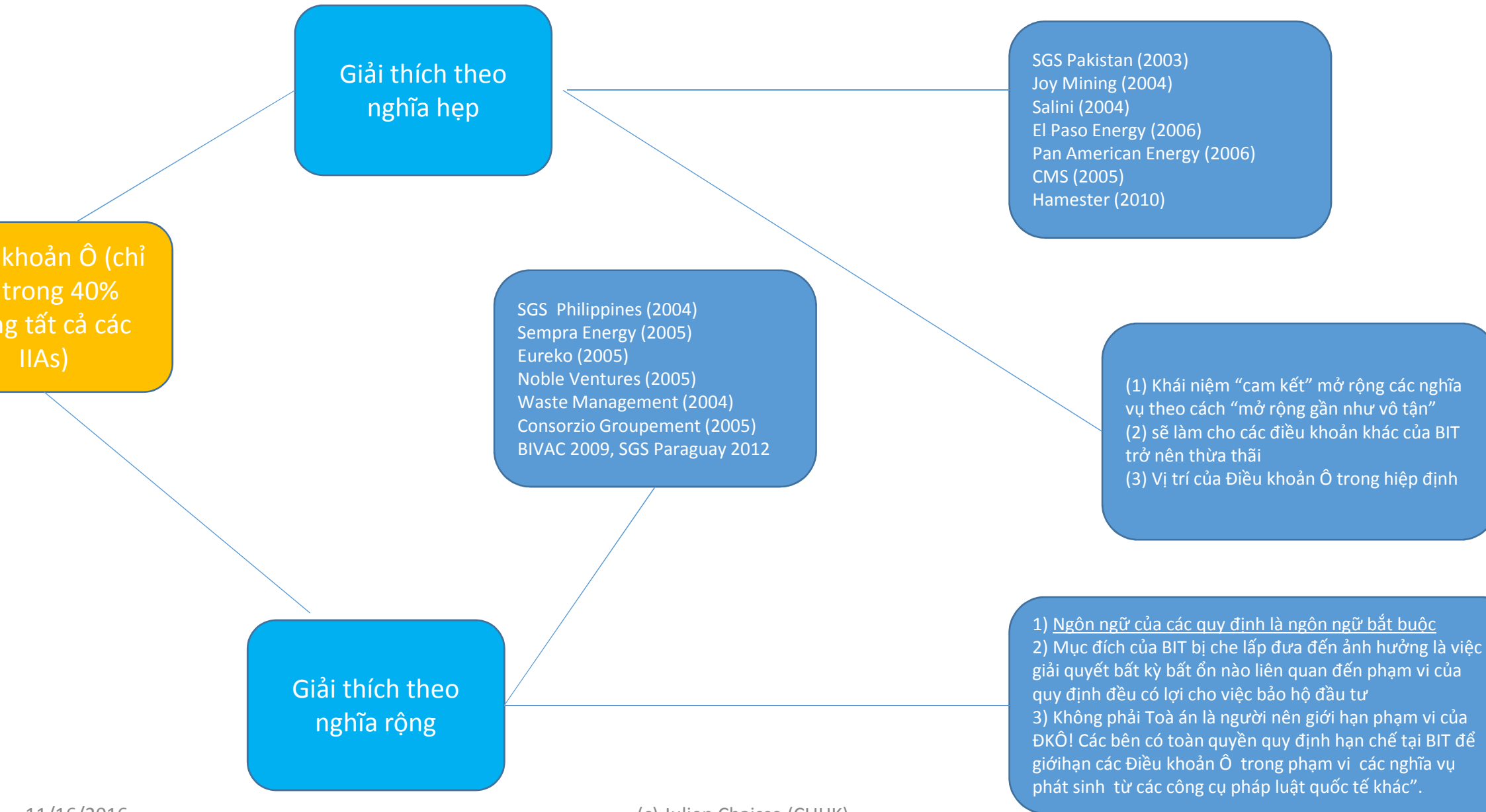
- *SGS v. Pakistan 2003*

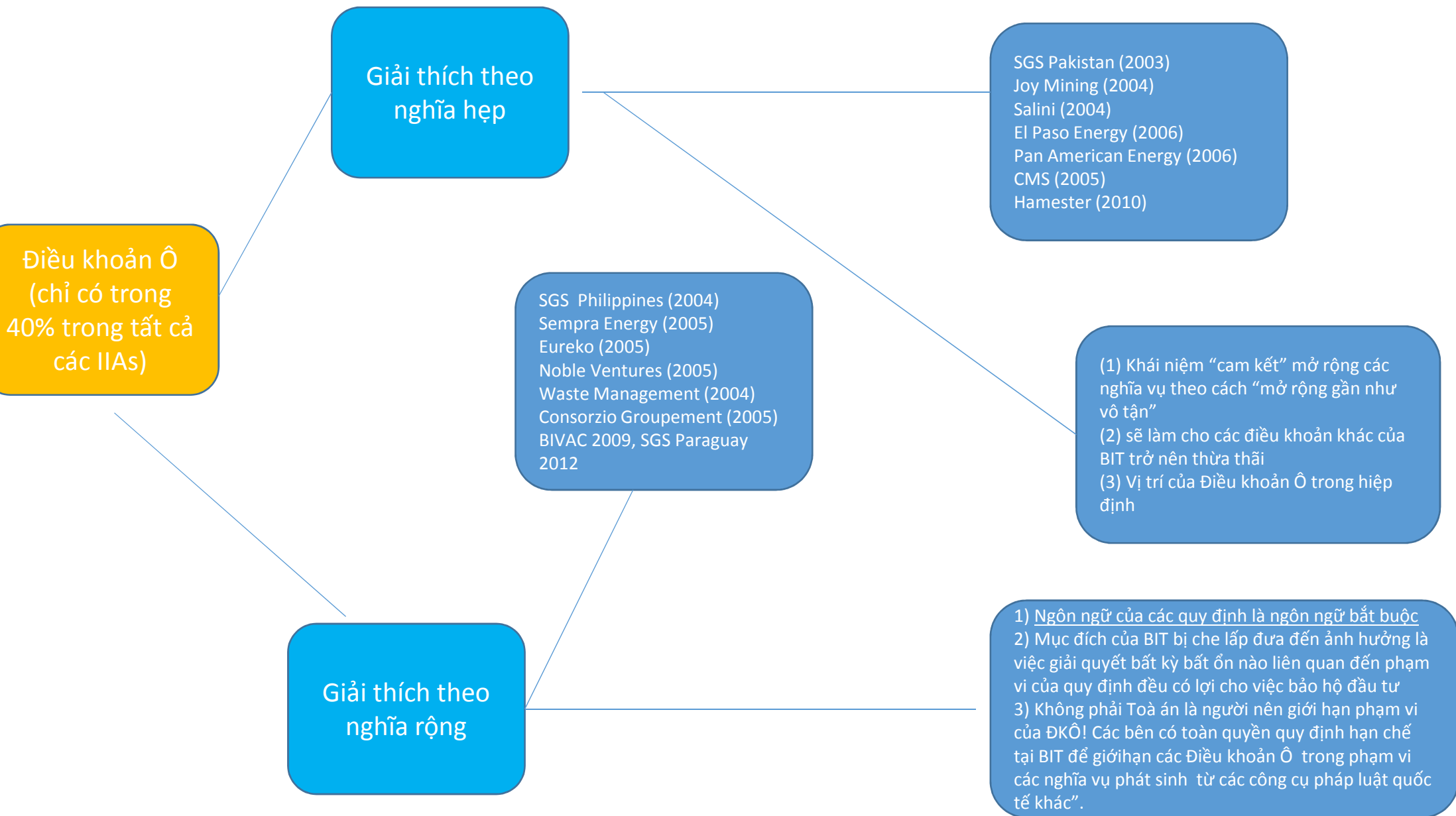
- Ảnh hưởng của các Điều khoản Ô là rất rộng đến nỗi cần có bằng chứng để chứng tỏ ảnh hưởng của nó trong thực tế thể hiện ý chí của các bên tham gia.

- *SGS v. Philippines 2004 và L.E.S.I-DIPENTA v. Algeria 2008*

- Ảnh hưởng của Điều khoản Ô là ở chỗ việc vi phạm nghĩa vụ hợp đồng của Nhà Nước đưa tới sự vi phạm Điều khoản Ô của Hiệp định
 - Và từ đó, cho phép thành lập hội đồng trọng tài phù hợp với hiệp định với thẩm quyền xét xử vi phạm đó

Tổng hợp các án lệ





Các câu hỏi chính

Các ảnh hưởng từ việc giải thích theo nghĩa rộng ?

(1) Nếu áp dụng đầy đủ, Điều khoản Ô có thể ảnh hưởng đến rất nhiều tranh chấp ở cấp thấp

(2) Lập luận phản đối giải thích theo nghĩa rộng : là chưa rõ hệ thống ICSID có thể thích ứng thế nào đối với sự gia tăng các vụ việc.

Có thể với khả năng áp đảo các lợi ích thiết thực của hệ thống trọng tài các vụ việc về đầu tư quốc tế?

Trong khi vai trò của ICSID là quan trọng trong những thập kỷ gần đây, các vụ việc do nó xử lý chỉ là con số hàng trăm, hoàn toàn có thể xử lý được với khung thời gian cụ thể của các vụ tranh chấp

Mặc dù có những lập luận khác, mang tính pháp lý nhiều hơn xoay quanh các vấn đề về chủ quyền quốc gia và sự thiếu rõ ràng khi soạn thảo, sự lo ngại thực tế này sẽ còn tồn tại như một sự ngầm định đối với tất cả các quyết định trong phạm vi hẹp

Khi các đơn kiện tăng gấp đôi hoặc đạt đến mức 4 con số, cơ chế cơ bản của hệ thống trọng tài phải sẵn sàng để đáp ứng được chúng.

Các câu hỏi chính

Các ảnh hưởng từ việc giải thích theo nghĩa hẹp?

Trong thực tế, ngay cả việc giải thích rằng Điều khoản Ô không có ảnh hưởng cũng không thể gây thiệt hại rõ ràng đối với các nhà đầu tư

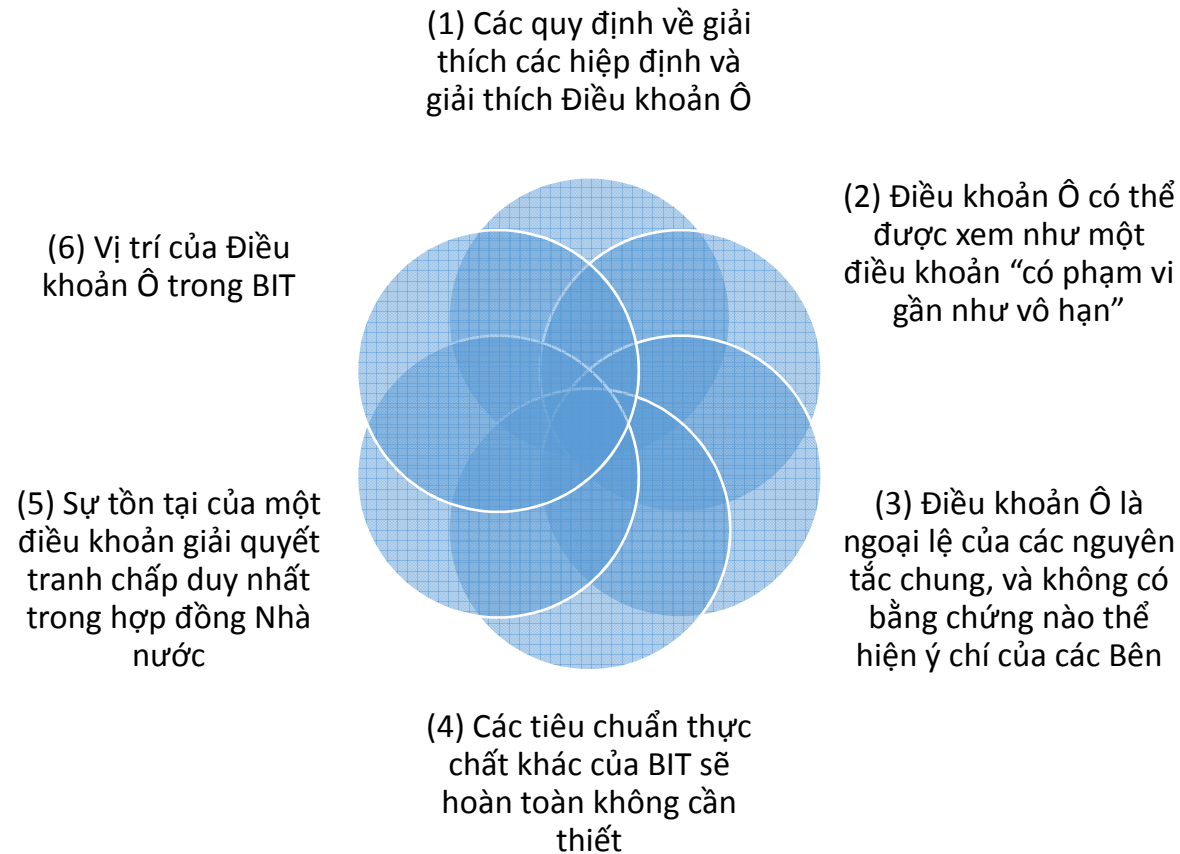
Việc cho rằng không có ảnh hưởng dường như báo hiệu một mức độ kém lành mạnh của quyền lực tập trung vào cá nhân trọng tài.

Đúng hơn, điều này chỉ đặt nhà đầu tư vào đúng vị thế mà họ vẫn thường định vị họ trong 60% BIT không có quy định về Điều khoản Ô

Bản năng mách bảo chúng ta rằng cần gán định nghĩa cho tất cả các điều khoản thực chất của một BIT, và khó có thể coi Điều khoản Ô là diễn đạt chủ ý của người soạn thảo

Vì lẽ này, sẽ rất đáng lo nếu các bồi thẩm đoàn trong tương lai sẽ không đếm xỉa đến các quyết định xuất phát từ sự cân nhắc kỹ lưỡng của các quốc gia có chủ quyền.

Tóm tắt lại 6 lập luận ủng hộ & phản đối về ảnh hưởng của Điều khoản Ô



Giải thích theo nghĩa hẹp

Lần đầu tiên trọng tài đã đánh giá phạm vi của một Điều khoản Ô là tại vụ việc SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. Pakistan case, (2003) dựa trên BIT giữa Pakistan-Thụy Sĩ.

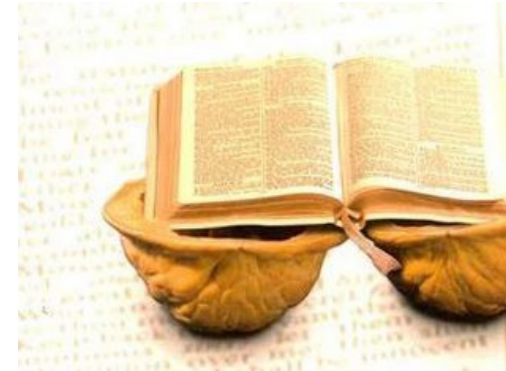
Trọng tài đã bác bỏ quan điểm của SGS rằng điều khoản này là sự vi phạm hợp đồng cũng như vi phạm hiệp định:

“Bản thân lời văn tại Điều 11 không có hàm ý rằng các vi phạm hợp đồng mà nhà đầu tư khiếu nại liên quan đến hợp đồng được ký kết với Nhà nước (thường được xem là một vấn đề luật địa phương chứ không phải là pháp luật quốc tế) sẽ tự động được nâng lên thành một vi phạm luật điều ước quốc tế”.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13 (Decision on Jurisdiction) (6 August 2003) ¶¶ 166

Cụ thể về giải thích theo nghĩa hẹp

- Trong vụ việc *SGS v Pakistan*, Tòa trọng tài cho rằng một Điều khoản Ô không tự động nâng một vi phạm hợp đồng thành một vi phạm pháp luật quốc tế.
- Chỉ đối với các “trường hợp đặc biệt” mới có cơ sở áp dụng các thẩm quyền tài phán cao hơn mức hợp đồng.
- Tòa đưa ra 4 lý do để áp dụng một giải thích theo nghĩa hẹp đối với các Điều khoản Ô:
 - thứ nhất, việc giải thích quá rộng và được xem như nghĩa vụ pháp lý có tính chất chung;
 - thứ hai, những nguyên tắc chung của pháp luật quốc tế đưa đến một giả định chống lại việc giải thích theo nghĩa rộng điều khoản đó ;
 - thứ ba, vì lo ngại rằng cách hiểu một Điều khoản Ô như vậy có thể làm vô hiệu các điều khoản giải quyết tranh chấp đã được đàm phán trong hợp đồng;
 - thứ tư, Điều khoản Ô phải xuất hiện sớm hơn trong BIT nếu nó được định áp đặt nghĩa vụ pháp lý thực chất của luật quốc tế.



Điều khoản Ô (Chỉ 40% IIAs)

Giải thích theo nghĩa hẹp

Giải thích theo nghĩa rộng

Pakistan (2003)
Joy Mining (2004)
Salini (2004)
El Paso Energy (2006)
Pan American Energy (2006)
CMS v. Argentina (2005)
Hamester vs Ghana (2010)

Lý do

SGS Philippines (2004)
Sempra Energy (2005)
Eureko (2005)
Noble Ventures (2005)
Waste Management (2004)
Consortio Groupement (2005)
BIVAC 2009
SGS Paraguay 2012

- (1) soạn thảo “tất cả nghĩa vụ”
- (2) phủ nhận lập luận rằng một giải thích ít hạn chế sẽ “được mở rộng gần như vô hạn”
- (3) phủ nhận là trong pháp luật quốc tế có sự giả định chống lại giải thích theo nghĩa rộng
- (4) ĐKÔ không có liên quan phạm vi của cam kết, mà là về việc thực thi các cam kết

Giải thích theo nghĩa rộng

- Đồng thời với vụ SGS kiện Pakistan, Họ cũng tiến hành một vụ việc khác chống lại Philippines
 - căn cứ theo BIT Thụy Sĩ – Philippines (ĐKÔ với câu chữ khác)
- Tòa án trong trường hợp này xem xét việc diễn giải điều khoản này trong vụ SGS v Pakistan
 - Mặc dù Tòa nhận thấy rằng câu chữ của điều khoản này không giống nhau
 - Tòa cho rằng quyết định này không thuyết phục và rất hạn chế.

“Để tóm tắt lại quyết định của Tòa án về vấn đề này, Điều X(2) coi là một vi phạm BIT nếu nước nhận đầu tư không thể tuân thủ các cam kết theo hợp đồng, bao gồm các cam kết theo hợp đồng, được giả định liên quan đến khoản đầu tư. Tuy nhiên tòa không đưa các vấn đề mức độ nội dung của nghĩa vụ này thành vấn đề của pháp luật quốc tế.”

*Read : SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. the Republic of the Philippines, ICSID case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, **para 128***

Án lệ từ 2010 đến nay

- “chúng tôi đã đồng ý với các cơ quan tài phán trong vụ *SGS v. Philippines* và *BIVAC v. Paraguay*, trong số nhiều vụ khác, cho rằng Điều khoản Ô bao hàm các cam kết của Nước nhận đầu tư đối với tất cả vấn đề, gồm cả các cam kết hợp đồng. ”
- **Giống như Tòa BIVAC**, chúng tôi kết luận rằng Điều khoản Ô nêu trước chúng tôi “thiết lập các nghĩa vụ quốc tế đối với các bên ký kết BIT về tuân thủ nghĩa vụ hợp đồng liên quan đến các nhà đầu tư” và sự giải thích này là cần thiết để khiến các Điều khoản Ô có mục đích và hiệu lực”*

**BIVAC v. Paraguay, đoạn 141 của Phán quyết. Chúng tôi đi đến kết luận này dù cho thực tế ngôn ngữ của các Điều khoản Ô theo chúng tôi là gây tranh cãi không đủ rộng và rõ ràng như tại vụ việc Hà Lan – Paraguay được giải quyết bởi BIVAC.*

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010 at 170

Án lệ từ 2010 - nay

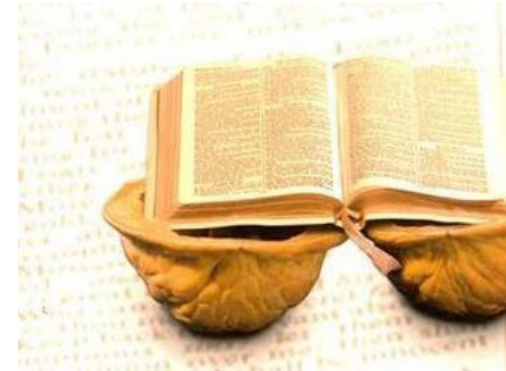
Xem tóm tắt các vụ việc, tuần 10

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay, Vụ việc ICSID số ARB/07/29, 10/02/2012

- Là vụ việc thứ ba trong chuỗi các vụ tranh chấp về đầu tư quốc tế của SGS, quyết định của Paraguay có thể được hưởng ứng vì tính sáng tỏ cho một số vấn đề.
- **Việc không thể hoàn thành các cam kết và nghĩa vụ hợp đồng của Nhà nước có thể, trừ khi có ngôn ngữ (qui định) ngược lại trong với các hiệp định đầu tư song phương liên quan, thông thường sẽ đưa đến sự vi phạm các Điều khoản Ô của hiệp định.**
- Phán quyết trong vụ việc SGS v Paraguay cung cấp một quyết định hữu ích khác cho nhà đầu tư để cân nhắc khởi kiện trong tương lai theo Điều khoản Ô.
- Đối với các Nhà nước, điều này cho thấy rằng việc không tuân thủ các nghĩa vụ hợp đồng của một đơn vị Nhà nước có thể đưa đến sự vi phạm các nghĩa vụ quốc tế của Nhà nước

Cụ thể về giải thích theo nghĩa rộng

- Trong vụ *SGS v Philippines 2004* cơ quan tài phán bác bỏ cách tiếp cận trong vụ việc trước đây
 - Phán quyết nêu rằng các Điều khoản Ô đã cho phép cơ quan tài phán dựa trên sự giải thích rộng của ngôn ngữ bắt buộc thể hiện bằng câu từ trong quy định của BIT rằng vấn đề nằm trong trường hợp trên.
 - Đối với các vấn đề về thẩm quyền tài phán, tòa đã không đồng ý với lý do được nêu ra của tòa án trong vụ *SGS v Pakistan*, mặc dù họ đã tìm được một cách không định kiến rằng điều này có thể loại trừ khỏi vụ kiện, điều mà chúng tôi sẽ nói thêm bên dưới.
- Tòa án đã đưa ra 3 lập luận sau:
 - **đầu tiên, lời văn các điều khoản đã được soạn thảo theo ngôn ngữ ràng buộc, do đó áp đặt các nghĩa vụ cho các bên;**
 - **thứ hai, phải phát huy hiệu quả mục đích quan trọng của BIT bằng cách giải quyết sự không rõ ràng liên quan đến phạm vi của các quy định theo hướng bảo hộ khoản đầu tư;**
 - **thứ ba, các bên đã được tự do quy định các hạn chế trong BIT để giới hạn các Điều khoản Ô đối với các nghĩa vụ phát sinh theo qui định của “các công cụ pháp lý quốc tế khác”. Dù vậy họ đã không làm như vậy**



3 lập luận này là các lập luận chủ đạo trong vụ việc

Chúng tạo ra một phép thử khi giải thích các ĐKÔ

Kết luận

- **Cơ quan tài phán trọng tài, đa số, khi đối mặt với các Điều khoản Ô “rõ ràng”,** hay một bản thảo định nghĩa rộng và chi tiết điều khoản này, **dường như sẽ phải lựa chọn giải thích điều này một cách khá nhất quán, bao gồm cả nghĩa vụ nhà nước lẫn nghĩa vụ hợp đồng.**
 - Đồng thời, sự cẩn trọng đòi hỏi thừa nhận rằng sẽ không có kết luận nào có thể được rút ra để giải thích các điều khoản khi khoa học pháp lý vẫn còn đang phát triển.
 - Việc xem xét theo từng trường hợp vẫn là cách thức sẽ được tiếp tục sử dụng.
- Kể từ năm 2003, chúng tôi đã có 25 tranh chấp về Điều khoản Ô
 - Trong khi chỉ có 40% các IIA bao gồm các điều khoản này....
 - Trong khi các luật sư vẫn chưa hiểu rõ tiềm năng của việc kết hợp giữa ĐKÔ và MFN...
 - Những gì tốt nhất vẫn còn chưa đến ;-)
- Cuối cùng, giải thích rõ hơn nữa từ chính phủ là một bên của một hợp đồng đầu tư chứa Điều khoản Ô, về chủ ý của họ đối với điều khoản này cũng như việc đưa vào ngôn ngữ rõ ràng hơn trong các hiệp định sẽ được hoan nghênh và cần nhiều hơn cho sự tiến bộ.

XIN CẢM ƠN

Liên hệ :

Ban quản lý Dự án EU-MUTRAP

Phòng 1203, Tầng 12, Khu Văn phòng, Tòa tháp Hà Nội,

49 Hai Bà Trưng, Hoàn Kiếm, Hà Nội

Tel: (84 - 4) 3937 8472

Fax: (84 - 4) 3937 8476

Email: mutrap@mutrap.org.vn

Website: www.mutrap.org.vn

(Tài liệu hội thảo được đăng trên trang Web này)